



刑法体系与客观归责

EIN DIALOG ZWISCHEN
CHINESISCHER UND DEUTSCHER
STRAFRECHTSLEHRE

中德刑法学者的对话(二)

梁根林 [德] 埃里克·希尔根多夫/主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



● 燕大无涯法律图书
微信公众号



“北京大学出版社”
微信公众号

ISBN 978-7-301-26434-8



9 787301 264348 >

定价：46.00元



刑法体系与客观归责

EIN DIALOG ZWISCHEN
CHINESISCHER UND DEUTSCHER
STRAFRECHTSLEHRE

中德刑法学者的对话(二)

梁根林 [德]埃里克·希尔根多夫/主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法体系与客观归责:中德刑法学者的对话(二). /梁根林,(德)希尔根多夫(Hilgendorf, E.)主编. —北京:北京大学出版社,2015. 12

ISBN 978 - 7 - 301 - 26434 - 8

I. ①刑… II. ①梁… ②希… III. ①刑法—研究—中国 ②刑法—研究—德国 IV. ①D924.04 ②D951.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第254040号

- 书 名** 刑法体系与客观归责:中德刑法学者的对话(二)
Xingfa Tixi yu Keguan Guize; Zhongde Xingfa Xuezhe de Duihua (Er)
- 著作责任者** 梁根林 [德]埃里克·希尔根多夫 主编
- 责任编辑** 孟 倩
- 标准书号** ISBN 978 - 7 - 301 - 26434 - 8
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者** 北京大学印刷厂
- 经 销 者** 新华书店
- 965毫米×1300毫米 16开本 15印张 246千字
2015年12月第1版 2015年12月第1次印刷
- 定 价** 46.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

前言

摆在读者面前的这本《刑法体系与客观归责：中德刑法学者的对话（二）》，是《中德刑法学者的对话——罪刑法定与刑法解释》（北京大学出版社2013年版）的姊妹篇，也是2013年9月由中德刑法学者联合会主办、北京大学法学院承办的第二届中德刑法学术论坛中德双方刑法同行主题报告、评论的文集。

中德刑法学者联合会（CDSV）是2011年9月在缅甸河畔美丽的大学城、德国维尔茨堡大学成立的、旨在促进中德两国刑事法学交流的学术组织，德方召集人为时任维尔茨堡大学法学院院长的希尔根多夫教授，中方召集人为北京大学法学院梁根林教授和中国人民大学法学院冯军教授。第一届中德刑法学术论坛的德方主题报告人和评论人为慕尼黑大学许奈曼教授、罗克辛教授、曼海姆大学库伦教授、弗莱堡大学佩龙教授、法兰克福大学约尔登教授、维尔兹堡大学舒斯特教授、马普外国刑法与国际刑法研究所埃泽尔教授等。此外，洪堡大学的普珀教授亦参加了会议。中方主题报告人和评论人分别是北京大学陈兴良教授、梁根林教授，清华大学张明楷教授、周光权教授，中国人民大学冯军教授，中国政法大学曲新久教授等。中国人民大学王莹副教授作为专业翻译亦参加了会议。时隔两年之后在北京大学举行的第二届中德刑法学术论坛，德方出场的主题报告人和评论人分别是维尔兹堡大学希尔根多夫教授、科隆大学魏根特教授、曼海姆大学库伦教授、法兰克福大学约尔登教授、维尔兹堡大学舒斯特教授以及拜罗伊特大学瓦利留斯教授。中方派出的主题报告人和评论人则是北京大学梁根林教授、陈兴良教授，清华大学周光权教授、张明楷教授，中国政法大学曲新久教授，中国人民大学冯军教授，台湾高雄大学张丽卿教授。此外，北京各高校的数十名刑法同行和研究生也参加了第二届中德刑法学术论坛的交流与讨论，分享了他们对会议主题的智慧与见解。

在为期两天的学术研讨中，来自中德两国的刑法同行在刑法理论体系即犯罪论体系的会议主题之下，围绕“刑法体系”“客观归责”与“缺陷产品的过失责任”三个单元展开了研讨和交流。会议（文集）的第一单元以“刑法体系”为主题，由中国人民大学刘明祥教授主持。希尔根多夫教授和梁

根林教授分别就“刑法的体系构成”与“中国犯罪论体系建构:叙事与评说”进行了主题报告。约尔登教授和陈兴良教授对上述主题报告进行了评论。会议(文集)第二单元以“客观归责”为主题,由中国人民大学谢望原教授主持。魏根特教授和周光权教授分别作了“客观归责——不只是口号?”与“客观归责论的中国实践”的主题报告,瓦利留斯教授和张明楷教授进行了点评。会议(文集)第三单元以“缺陷产品的过失责任”为主题,由清华大学黎宏教授主持。围绕中这一主题,库伦教授、曲新久教授和张丽卿教授先后作了名为“公司产品生产中的注意义务违反责任”“论缺陷产品过失责任”以及“台湾缺陷食品刑事责任之探讨”的主题发言,舒斯特教授和冯军教授对三位教授的发言进行了点评。在此基础上,包括上述报告人、评论人在内的所有与会者围绕本次会议的主题进行了有效、充分而富有针对性的专业交流。本文集忠实地记录了会议主题报告与评论的内容,并以会议新闻稿的方式勾画了会议研讨和交流的盛况。

在第二届中德刑法学术论坛结束后,上述主题报告人与评论人又根据会议研讨与交流的情况,对各自的主题报告与书面评论进行了修改、润色,形成了最终的主题报告和评论稿。中德刑法学者联合会中方秘书江溯副教授与德方秘书黄笑岩博士通力协作,约请包括王莹副教授、陈璇博士、黄笑岩博士、林信铭博士、王静博士、徐凌波博士、于讷曼、梅森贝格在内的中德双方专业翻译团队,对文稿进行了翻译、审译与校对,最终形成了文集的中文版与德文版定稿,分别交付北京大学出版社与德国摩尔·齐贝克出版社出版。译事非易事,对于江溯副教授、黄笑岩博士领衔的翻译团队为推动中德刑法学术交流付出的艰辛努力和无私奉献,我代表中德刑法学者联合会全体同仁致以由衷的感谢!

在本文集付印之际,两年一度的中德刑法学术论坛第三次会议又将回到它的发源地德国维尔兹堡大学举行,本次会议将在罪刑法定与刑法解释、刑法体系与客观归责的基础上,推进到对违法性判断与违法阻却事由的学术对话,我期待着第三届中德刑法学术论坛的圆满成功,并愿在中德刑法学同仁的支持与参与下,为进一步推动中德刑法学术交流贡献绵薄之力。

梁根林

2015年季夏于北京圆明园花园寓所

目 录

第一单元 刑法体系

[单元报告]

梁根林:

中国犯罪论体系建构:叙事与评说 003

[德]埃里克·希尔根多夫:

刑法的体系构成 黄笑岩/译 030

[单元评议]

陈兴良:

转型中的中国犯罪论体系 044

[德]扬·C. 约尔登:

对人因其行为所为之批判

——对于梁根林教授报告之评论 林信铭/译 059

第二单元 客观归责

[单元报告]

周光权:

客观归责论的中国实践 069

[德]托马斯·魏根特:

客观归责——不只是口号? 王静/译 095

[单元评议]

张明楷:

客观归责——响亮口号 108

[德]布莱恩·瓦利留斯:

因果关系与客观归责

——对中方报告的评论 黄笑岩/译 126

第三单元
缺陷产品的过失责任

[单元报告]

曲新久:

论缺陷产品过失责任 135

[德]洛塔尔·库伦:

公司产品生产中的注意义务违反责任 徐凌波/译 152

张丽卿:

台湾地区缺陷食品刑事责任之探讨 174

[单元评议]

冯 军:

刑事产品责任理论述评 206

[德]弗兰克·舒斯特:

瑕疵产品情形中由过失违反注意义务而生的刑事责任

——对于中方主报告之德方评论 215

李 波:

中德刑法学者的对话

——第二届中德刑法学术论坛侧记 222

第一单元
刑法体系

[单元报告]

梁根林

北京大学法学院教授

中国犯罪论体系建构:叙事与评说

一、犯罪论体系建构——中国刑法学研究一道亮丽的风景线

刑法学是研究犯罪及其法律后果的规范科学。“作为实用性很强的科学,为了适应刑事司法的需要,并从司法实践中汲取更多的营养,刑法学必须自成体系,因为,只有将体系中的知识系统化,才能保证有一个站住脚的统一学说,否则,法律的运用只能停留在半瓶醋的水平上,它总是由偶然因素和专断所左右。”^{〔1〕}由于刑法学的核心任务是整序实定刑法规定的决定犯罪成立与否的各项条件,将其按照一定的逻辑构造与功能要求予以体系性定位,构建一个逻辑自洽、功能自足的知识系统,因而刑法学体系往往又被直接指称为犯罪论体系。德国刑法学大师、古典犯罪论体系的代表人物之一李斯特对刑法学的这一体系性任务的经典定义就是:“从纯法学技术的角度,依靠刑事立法,给犯罪和刑罚下一个定义,把刑法的具体规定,乃至刑法的每一个基本概念和基本原则发展成完整的体系。”^{〔2〕}自李斯特以来,甚至前溯自费尔巴哈以来,一代又一代德国刑法学者对犯罪论体系进行了精心的建构与严谨的论证,发展出了以贝林—李斯特为代表的古典犯罪论体系、以迈耶—迈兹格为代表的新古典犯罪论体系、以威尔泽尔为代表的新古典暨目的论的犯罪论体系、以罗克辛为代表的目的理性的犯罪论体系、以雅各布斯为代表的规范主义、机能主义的犯罪论体系等诸多各具特色的犯

〔1〕〔德〕李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2006年版,第3页。

〔2〕转引自〔德〕克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第5页。

罪论体系。犯罪论体系作为德国刑法学皇冠上的一颗明珠,成为“德国刑法学引以为傲的学术资产”,赢得了世界性的声誉与尊重。^[3]

中国自20世纪50年代起移植苏俄的四要件犯罪构成理论,经过20世纪80年代至90年代中国刑法学者的不断发展、充实与完善,奠定了其在中国刑法学术研究与司法实务中的绝对统治地位。与此同时,中国犯罪构成理论研究亦出现了曾经师从耶塞克教授研习刑法的李海东博士所言的“刚刚起步就已经达到了理论终点”的困惑^[4],以至于中国刑法学者曾经哀叹,四要件犯罪构成理论的学术研究似乎已经走到尽头,该研究的问题几乎都已经被人研究过了。^[5]但是,进入21世纪以来,随着本土刑法知识、经验的持续积累与外来刑法知识的不断输入,根据什么样的方法与逻辑、出于什么样的功能追求,重新整序决定犯罪成立的各种条件及其相互关系,以构建逻辑自洽、功能自足的犯罪论体系,为司法人员正确定罪提供具有操作指导意义的定罪思维模型,重新唤起了中国刑法学者的研究热情。在这股研究热潮中,基于不同的知识背景、价值判断,中国刑法学者对犯罪论体系的完善或者建构采取了截然不同的路径:有的力求在既定体系框架内寻找新的知识增长点,实现新的知识增量和体系完善;有的则主张在研究范式、方法、逻辑、体系上进行彻底转型,或者干脆回到现代刑法学研究的原点即贝林奠基的构成要件(Tatbestand)理论重新建构刑法体系。^[6]大体上,传统刑法理论体系的支持者基本上选择了在四要件犯罪构成理论原有的框架和体系内,针对其存在的缺陷与不足,设法寻求改善、改良乃至改造之策。而接受了德日阶层犯罪论体系的刑法学者则主张回到现代刑法学的原点重新

[3] 转引自许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第57页。

[4] 参见李海东:《刑法原理(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第2页。

[5] 参见梁根林、何慧新:《20世纪的中国刑法学》(上),载《中外法学》1999年第2期。

[6] 尽管背景与语境完全不同,中德刑法学在各自发展的不同阶段似乎出现过类似的困惑。20世纪70年代,德国刑法学界有人认为刑法教义学已经“没有发展的可能性”。面对这一困惑和无奈,罗克辛教授从刑事政策与刑法体系的融通视角出发,主张德国刑法教义学完全“可以在它的基本原理上不断地进行全新的彻底思考,使得我们必须改变总论的体系以适应它们的变化,如果总论之体系的功效还值得维护的话。只有这样,我们才能在这个领域中不断地走到全新的起点上。”——〔德〕克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第52页。事实上,正是因为罗克辛超越了存在论和法律实证自由主义的羁绊,从规范论的立场出发,根据刑事政策的目标设定,构建并展开了目的理性的犯罪论体系,将被认为已经“没有发展的可能性”的德国刑法学推向了一个新的巅峰。

出发,建构无论是结构、功能还是术语、逻辑与方法均与四要件犯罪构成理论迥然不同,甚至针锋相对的犯罪论体系。

正是在中国刑法学学术共同体执著的学术努力与辛勤的学术耕耘下,当下中国的犯罪论体系呈现出了前所未有的百家争鸣、百花齐放的崭新格局。各种不同的犯罪论体系的建构论证与争鸣,不仅使得中国刑法学研究特别是犯罪论研究的成果数量呈现出前所未有的井喷式增长,而且极大地推动了中国刑法学理论的科学化与规范化,中国刑法学研究的整体格局与学术生态较之20世纪八九十年代,发生了脱胎换骨的变化。学术共同体学习域外一切先进刑法理论的开放心态、自由包容的学术环境、严肃坦诚的学术争鸣、科学严谨的学术规范,塑造了中国当代刑法学真正的学术品格,同时也使得中国刑法学与包括德国、日本刑法学在内的各国刑法学的学术对话成为可能。

二、师从苏俄——四要件犯罪构成理论的基本点

四要件犯罪构成理论在1949年中华人民共和国成立后不久的50年代自苏俄移植到中国。20世纪80年代以后,随着中国结束无法无天的“文革”十年动乱、颁布实施第一部《中华人民共和国刑法》,国家走上了依法治国、建设社会主义法治国家的道路。中国刑法学者结合中国刑法的实定规定与改革开放背景下惩罚犯罪、保障人权的实际需要,进一步充实与发展了四要件犯罪构成理论,奠定了四要件犯罪构成理论在中国刑法学术界与司法实务界的统治地位。一般认为,1982年,由中国老一辈著名刑法学家高铭暄教授主编、多位重量级刑法学者分工执笔的司法部统编、高等学校试用教材《刑法学》的正式出版,标志着四要件犯罪构成理论奠定了其在中国刑法理论与实务的统治地位。^{〔7〕}

按照这部司法部统编教材以及此后多部包括司法部、教育部统编教材在内的权威学者论著的权威定义,所谓“犯罪构成就是我国《刑法》所规定的,决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的总和”。^{〔8〕}一般认为,犯罪构成应当包括以下四个方面的要件:(1)犯罪客体,即我国刑法所保护而为犯罪行为所侵犯的社

〔7〕 参见高铭暄主编:《刑法学》,法律出版社1984年版。

〔8〕 同上书,第96页。

会主义社会关系;(2) 犯罪客观方面,即行为人所实施的危害社会的行为、结果以及行为的时间、地点和方法;(3) 犯罪主体,即达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力实施危害社会行为的人;(4) 犯罪主观方面,即行为人主观上具有的罪过(即犯罪故意、犯罪过失)以及特定犯罪目的。^[9] 犯罪构成,被认为既是认定被告人的行为构成犯罪的法定规格,也是对犯罪人追究刑事责任的唯一根据。

根据高铭暄教授的权威界定,四要件犯罪构成理论在构造上,呈现出“两大块四要件耦合式的结构”的基本特征。“两大块就是根据主客观相统一原则,将犯罪构成整体上划分为客观要件和主观要件两个板块。四要件就是对两大块进行二次析分之后,形成犯罪构成的四大基本元素即四大构成要件,依次包括:犯罪客体—犯罪客观方面—犯罪主体—犯罪主观方面。一个行为如欲认定其成立犯罪,必须同时具备上述犯罪构成的四大要件,缺失其中任何一个要件,都不可能成立犯罪。”^[10] 四要件犯罪构成理论在功能上,则发挥着“犯罪构成乃是整个刑法学体系的基石”的作用。“因为:其一,犯罪构成是犯罪概念的延伸:犯罪构成以犯罪成立要素系统的形态对犯罪概念进行了实证解读,因而犯罪构成成为犯罪概念的延伸;其二,犯罪构成是犯罪本质的构成:犯罪构成要件从主客观不同侧面对犯罪的社会危害性进行全方位多侧面的诊释,因而犯罪构成与实施犯罪相互表里也就成为犯罪本质的构成;其三,犯罪构成是刑事责任的根据:启动刑事追究的前提和基础是行为符合犯罪构成,因而犯罪构成也成为刑事责任的根据。可见,犯罪构成上接犯罪概念问题,下引刑事责任问题。如是,以犯罪构成理论为基石,就形成了以‘罪—责—刑’一条龙为基本秩序的具有中国特色的刑法学体系。中国刑法学体系的逻辑运动秩序也就是:首先,犯罪论研究‘罪’的问题,以认定犯罪为核心任务;其次,刑事责任论研究‘责’的问题,以确定刑事责任为核心任务;最后,刑罚论研究‘刑’的问题,以决定刑罚为核心任务。一言以蔽之,‘罪—责—刑’乃是中国刑法学的研究逻辑,‘认定犯罪—确定责任—决定刑罚’,乃是中国刑事司法的作业逻辑。”^[11]

高铭暄教授作为中国老一辈刑法学家和中国四要件犯罪构成理论主要奠基者的上述论述,简明扼要、言简意赅地阐述了四要件犯罪构成理论的

[9] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社2007年版,第68页以下。

[10] 高铭暄:《关于中国刑法学犯罪构成理论的思考》,载《法学》2010年第2期。

[11] 同上注。

基本构造与功能,是我们认识和评价四要件犯罪构成理论的权威依据。

三、效法德日——阶层犯罪论体系的引入与“推倒重构论”

自 21 世纪以来,随着德日刑法知识特别是犯罪论体系的全面引入,中国刑法学特别是犯罪论体系开始了一场结构性与功能性的知识转型,即在反思与批判四要件犯罪构成理论的结构性与功能性缺陷的基础上,效仿德日的阶层犯罪论体系,建构中国的阶层犯罪论体系。推动中国刑法知识和犯罪论体系这一转型的主将,非陈兴良教授与张明楷教授莫属,并且陈兴良教授与张明楷教授也可以分别被认为是倡导与建构中国三阶层犯罪论体系和二阶层犯罪论体系的领军人物。当然,积极参与并推动这一体系和知识转型的并非仅限于陈、张二人,事实上,众多中国刑法学者特别是中青年刑法学者均参与了这一转型进程,并作出了重要的学术贡献。这里仅以陈兴良和张明楷教授倡导和建构阶层犯罪论体系的路径及其轨迹为样本,集中展示阶层犯罪论体系在当代中国生根发芽、迅速生长的基本生态。

(一) 陈兴良三阶层犯罪论体系的建构

陈兴良教授在一系列的论著中,着重从结构与功能的视角,系统地清理了四要件犯罪构成理论存在的根本性缺陷,认为四要件犯罪构成是“没有构成要件(Tatbestand)的犯罪构成”“没有出罪事由的犯罪构成”“没有归责的犯罪构成”“没有阶层的犯罪构成”,这些结构与功能缺陷,足以成为中国刑法学彻底摒弃四要件犯罪构成理论的充足理由。^[12] 在批判四要件犯罪构成理论结构性与功能性缺陷的基础上,陈兴良教授大力倡导中国刑法知识的去苏俄化。^[13] 根据事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、形式判断先于实质判断、定型判断先于个别判断的阶层思维,效仿德、日,建构由构成要件该当性、违法性和有责任构成的三阶层犯罪论体系。^[14] 在四

[12] 参见陈兴良:《犯罪构成论:从四要件到三阶层》,载《中外法学》2010年第1期。

[13] 参见陈兴良:《刑法知识的去苏俄化》,载《政法论坛》2006年第5期。2011年9月26日,在陈兴良教授与本人的共同倡议下,北京大学法学院主办的“当代刑法思潮特别论坛”又以“刑法知识转型与犯罪论体系的去苏俄化”为主题进行了专题讨论。除陈兴良教授的主题演讲外,许乃曼教授亦应本人的邀请,专程到北京参加了此次会议,并进行了主题演讲。

[14] 参见陈兴良:《犯罪构成论:从四要件到三阶层》,载《中外法学》2010年第1期。事实上,陈兴良教授早在2003年即尝试用三阶层犯罪论体系编写中国刑法教科书,参见陈兴良主编、周光权副主编《刑法学》(复旦大学出版社2003年版)。

要件犯罪构成理论与阶层犯罪论体系的大论战中，陈兴良教授因此被公认为“推倒重构论”（推倒四要件犯罪构成理论，重新建构三阶层犯罪论体系）的领军人物。

但是，陈兴良教授在犯罪论体系和刑法方法论上的转型并非一蹴而就。作为受教于老一辈刑法学家、系统地接受四要件犯罪构成理论训练的刑法学者，陈兴良教授接受的刑法体系教育是四要件犯罪构成理论，早年的著述亦是在四要件犯罪构成理论的语境和框架下展开的。进入 21 世纪以后，随着日本、德国刑法知识对中国的不断输入，陈兴良教授与四要件犯罪构成理论才渐行渐远，并最终彻底分道扬镳。

在 2001 年出版的《本体刑法学》一书中，陈兴良比较了大陆法系国家由构成要件该当性、违法性和有责性组成的阶层递进式的犯罪构成体系、英美法系国家由犯罪本体要件（犯罪行为 and 犯罪心态）、责任充足条件（排除合法辩护）的双层犯罪构成模式，以及苏俄和中国通行的四要件犯罪构成理论的要素、构造与功能，认为三大犯罪构成体系“各具特色，其体系性特征都十分明显”，在研究了“犯罪发生的逻辑结构与犯罪构成的逻辑结构的关系”“犯罪客观要件和犯罪主观要件的关系”以及“犯罪构成的积极要件与消极要件的关系”后，陈兴良主张“犯罪构成应当采取二分体系，即罪体和罪责，罪体是犯罪构成的客观要件，罪责是犯罪构成的主观要件，两者是客观与主观的统一”。^{〔15〕} 在该书的体系展开中，陈兴良将“罪体”具体界定为“刑法分则条文规定的、表现为客观外在事实的构成要件”^{〔16〕}，相当于大陆法系刑法犯罪构成理论中的构成要件该当性，“罪责意味着行为人主观上的罪过，是在具备罪体的情况下行为的可归责性，因此，罪责是一种责任”。^{〔17〕}

在 2003 年出版的《规范刑法学》一书中，陈兴良教授一方面认为，三大犯罪构成体系之间的差别，反映了不同国家不同的法律文化传统，各具其现实合理性，三者之间不存在你死我活的对立关系，应当倡导犯罪构成体系的多元化；另一方面则进一步发展了其犯罪论体系构想，在罪体与罪责二分犯罪论体系的基础上，构建了“罪体—罪责—罪量三位一体的犯罪构成体系”，其中，“罪体相当于犯罪构成的客观要件，罪责相当于犯罪构成的主观

〔15〕 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆 2001 年版，第 220—221 页。

〔16〕 同上书，第 226 页。

〔17〕 同上书，第 296 页。

要件,两者是犯罪的本体要件。罪量是在罪体与罪责的基础上,表明犯罪的量的规定性的犯罪成立条件”。^[18]按照陈兴良教授的体系性安排,罪体包括行为、客体、结果、因果关系、客观的附随情状等要素,罪责则具有责任能力、责任形式(故意、过失)与主观的附随情状(动机、目的等)。而罪量则是,在具备犯罪构成本体要件的前提下,表明行为对法益侵害程度的数量要件,包括数额与情节等表现形式。^[19]

很有意思的是,就在陈兴良教授出版《规范刑法学》的同时,其主编的另外一本刑法教科书《刑法学》亦在复旦大学出版社正式出版了。该书鉴于中国四要件犯罪构成理论存在的缺陷,基于不同的刑法体系结构发挥不同体系功能的判断,首次尝试根据构成要件该当性、违法性与有责性的三阶层犯罪论体系编写中国刑法教科书,解释中国实定刑法。陈兴良教授在该书中解释采纳三阶层犯罪成立理论时明确指出:“在犯罪的认定上必须采取排除法,构成要件的该当性、违法性和有责性之间,应环环相扣、层层递进,各要件之间的逻辑关系必须明确。根据这种递进式结构,在将某一行为认定为犯罪时,须进行三次评价:构成要件该当性是事实评价,为犯罪提供行为事实的基础;违法性是法律评价,排除正当防卫等违法阻却事由;有责性是主观评价,为追究刑事责任提供主观根据。以上三个要件,形成一个过滤机制,各构成要件之间具有递进关系,形成独特的定罪模式。”^[20]该书的正式出版,标志着陈兴良教授开始与四要件犯罪构成理论决裂,在得到学界特别是中青年刑法学者的呼应后,陈兴良从此便在彻底批判四要件犯罪构成理论^[21]、倡导刑法方法的教义学化^[22]、推动刑法知识的去苏俄化^[23]、建

[18] 陈兴良:《规范刑法学》,中国政法大学出版社2003年版,第58页。

[19] 同上书,第61—62页、第76—77页、第95—96页。

[20] 陈兴良:《刑法学》,复旦大学出版社2003年版,第50页。

[21] 参见陈兴良:《犯罪论体系:比较、阐述与讨论》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第14卷,中国政法大学出版社2004年版。

[22] 参见陈兴良:《刑法学教义学方法论》,载《法学研究》2005年第2期。

[23] 参见陈兴良:《刑法知识的去苏俄化》,载《政法论坛》2006年第5期。2011年9月26日,在陈兴良教授与本人的共同倡议下,北京大学法学院主办的“当代刑法思潮特别论坛”,又以“刑法知识转型与犯罪论体系的去苏俄化”为主题进行了专题讨论。除陈兴良教授的主题演讲外,许乃曼教授亦应邀专程到北京参加了此次会议,并进行了主题演讲。

构三阶层犯罪论体系^[24]的道路上扬鞭策马、义无反顾了。

如果说2003年主编的《刑法学》采纳三阶层犯罪论体系编写刑法教科书、解释中国实定刑法只是陈兴良小试牛刀，或者说是在中国引入三阶层犯罪论体系的初步尝试，其2010年独著的《教义刑法学》一书，则标志着陈兴良对三阶层犯罪论体系与法教义学方法论的全面皈依。

陈兴良教授对德国一百多年来的犯罪论体系的演进路径，即由贝林—李斯特的古典犯罪论体系、迈耶—迈兹格的新古典犯罪论体系，到威尔泽尔的新古典暨目的主义的犯罪论体系、罗克辛的目的理性的犯罪论体系，进行了系统的考察，得出了尽管德国犯罪论体系经历了上述四个发展阶段，但三阶层——构成要件该当性、违法性与有责性成为基本的逻辑框架，具有逻辑性与实用性，可以为我们考察犯罪提供了一个基本的分析工具的结论。^[25] 陈兴良教授认为，“犯罪成立理论就是将法律规定的犯罪成立条件加以体系化，使之具有内在的逻辑关系。因此，评价一个犯罪成立条件理论是否科学，关键是要看其是否具有逻辑性”。^[26] 在他看来，犯罪成立条件的逻辑性主要体现为事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、形式判断先于实质判断、定型判断先于个别判断。^[27]

通过对四要件犯罪构成理论的结构与功能缺陷的批判、对三阶层犯罪论体系演进轨迹的分析，以及科学的犯罪论体系逻辑构造与功能诉求的论证，陈兴良教授在《教义刑法学》中全面采纳了构成要件该当性、违法性和有责性的三阶层犯罪论体系，并根据这一体系方案对犯罪论体系中的基本问题包括构成要件论、实行行为论、不作为论、客观归责论、违法性论、违法阻却论、有责性论、故意论、过失论、违法性认识论、期待可能性论、未遂犯论、共犯论、竞合论等，结合中国的实定刑法，进行了具有重要学术推进的专题阐述与论证。

陈兴良教授强调构成要件的客观性，认为构成要件是违法行为类型，具有违法推定机能，这与他对象贝林古典的构成要件理论情有独钟有着直接的关系。陈兴良教授认为，“在贝林之前构成要件论的历史都只不过是前史

[24] 参见陈兴良：《犯罪构成论：从四要件到三阶层》，载《中外法学》2010年第1期；陈兴良：《犯罪论体系的位阶性研究》，载《法学研究》2010年第4期；陈兴良：《构成要件：犯罪论体系的核心概念的反拨与再造》，载《法学研究》2011年第2期。

[25] 参见陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社2010年版，第116页。

[26] 同上书，第135页。

[27] 同上书，第135页以下。

而已,构成要件论的真正历史始于贝林。可以说,正是贝林为构成要件论奠定了基调”。^[28]“贝林的构成要件是事实的而非价值的、客观的而非主观的、形式的而非实质的,而这一点恰恰是贝林的构成要件论饱受非议之处。但在这种观点背后仍然体现了贝林意图通过构成要件限制司法权从而实现罪刑法定主义的价值诉求。”^[29]陈兴良教授承认:“贝林的构成要件论具有明显的存在论、形式主义的特征,在当下规范论、实质主义流行之际,贝林的构成要件论似乎不合时宜。”^[30]尽管“贝林的构成要件论是古典的,今天已经不再被采用。但同时我们还必须看到,贝林的构成要件又是经典的,经典的含义往往是永恒、常用常新。……如欲超越贝林,我们首先必须回到贝林,理解贝林,否则就没有超越而只有误解。即使今日贝林的构成要件论如西原春夫教授所言,已经成为‘悲哀的玩具’,我们也必须经历这需要玩具的犯罪论的童年时代。这就是说,我们必须从犯罪构成的歧路返回构成要件的原点,然后从问题的原点重装上阵。在这个意义上说,我国刑法学需要贝林构成要件论的启蒙”。^[31]

在构成要件要素问题上,陈兴良认为,罗克辛客观归责理论的主要学术贡献在于超越了存在的因果关系,从规范论的方法论出发,以事实的因果关系为基础,进一步规范性地评价危害结果是否可以归责于行为主体,即区分了归因与归责,这是一种构成要件的实质化努力。陈兴良教授肯定了罗克辛教授的学术贡献,但对于客观归责的体系性地位的态度则显现出某种暧昧性。一方面,他指出:“如果将客观归责放在构成要件该当性里研究,即使像耶塞克那样将因果关系和客观归责并列,也并不能使客观归责理论真正脱离因果关系理论的局面。若将归责理论贯彻到底,就应当将客观归责纳入有责性中加以研究。这就涉及对大陆法系递进式犯罪论体系的改造。”^[32]另一方面,他又认为,既然客观归责是构成要件的实质判断标准,既然“制造风险是对构成要件该当行为的实质审查,没有制造风险可以否定构成要件该当行为的成立;实现风险是对构成要件结果的实质审查,没有实现风险可以否定构成要件该当结果的成立。超出构成要件的效力范围是对

[28] 陈兴良:《构成要件论:从贝林到特拉伊宁》,载《比较法研究》2011年第4期。

[29] 同上注。

[30] 同上注。

[31] 同上注。

[32] 陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第278页。

构成要件的否定,是对前述两个事由的补充”^[33],“制造风险、实现风险和构成要件效力范围就成为消极的构成要件。在具备构成要件该当行为、结果与因果关系的基础上,再进行是否存在消极构成要件的实质判断。如果存在客观归责阻却事由,则构成要件该当性被否认。”^[34]

在肯定构成要件是违法行为类型,具有违法推定机能的基础上,陈兴良教授坚持客观违法论,尽管亦应当承认例外的主观违法要素。关于违法(不法)的本质,陈兴良持结果无价值论,从限制国家刑罚权、保障公民个人权利与自由的法治理念出发,主张违法(不法)的本质在于法益侵害。故意与过失不是违法要素,而是责任要素。关于违法阻却事由,陈兴良主张以优越利益说作为违法阻却事由的一般根据,以违法阻却事由是否在刑法中有明文规定,将违法阻却事由分为法定的违法阻却事由与超法规的违法阻却事由。针对具有《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)分则条文规定的独具中国特色的决定犯罪成立的数额与情节,陈兴良教授认为数额和情节不是构成要件的类型性要素,并不确定行为的违法性质,并不要求行为人为行为时对其有认识才能构成故意。如果行为人为行为时对数额与情节等存在认识错误,可以作为可罚的违法性认识错误,在认识错误不可避免的情况下,可以成为责任阻却事由。^[35]

细心的读者会发现,陈兴良教授在中国刑法中数额、情节的体系定位问题上的立场,至此已经发生了重大变化,在《规范刑法学》一书中他还明确主张“罪量”属于构成要件要素,基于构成要件的故意规制机能,罪量要素应当被行为人所认识。但是,在《教义刑法学》一书中,随着犯罪论体系的彻底转向,他则将数额和情节等罪量要素剔除出了构成要件范围,在新近的论文中,陈兴良教授进一步将数额和情节等罪量要素定位为三阶层犯罪论体系中的不受故意规制的客观处罚条件。^[36]这是我难以理解与不能认同的。在我看来,中国刑法中的数额、后果与结果,是与刑法上的不法及其程度相关的构成要件要素,为了贯彻责任主义原则,认定故意犯罪时,理当要求行为人对罪量要素有所认识。^[37]

[33] 许永安:《客观归责理论研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第80页。

[34] 陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第297页。

[35] 同上书,第344页。

[36] 参见陈兴良:《刑法的明确性问题:以刑法第225条第4项为例的分析》,载《中国法学》2011年第4期。

[37] 参见梁根林:《但书、罪量与扒窃入罪》,载《法学研究》2013年第2期。

告别了四要件犯罪构成理论,特别是否定了四要件犯罪构成理论的刑事责任理论、确认了三阶层犯罪论体系的责任主义原则之后^[38],陈兴良教授认为,作为三阶层犯罪论体系第三阶层的有责性即责任要件,应当包括责任能力、责任要素(故意与过失)和责任阻却事由。责任的主要功能在于归责,使刑事责任追究进一步合理化,责任是一个主观的问题,应当在不法之后予以判断,由此形成不法与责任之间的位阶关系。^[39]关于责任的根据,理论上存在着分别由意志自由论导出的道义责任论与决定论导出的社会责任论的理论对立。陈兴良教授认为,意志自由是主观归责的根据,因而主张道义责任论。^[40]关于责任的基础即责任评价的客体是行为、性格还是人格,存在着行为责任论、性格责任论和人格责任论的分歧。陈兴良教授从行为刑法的立场出发,强调责任评价的客体是具体行为,主张行为责任论,反对将行为人的性格作为责任评价客体,但他并不反对人格责任论,因为人格责任论也以行为责任论为逻辑前提,是在行为责任为第一次责任判断的基础上的第二次责任判断,只具有补充作用。^[41]关于责任的构造,在德国责任理论的知识谱系中存在着由心理责任论转向规范责任论,并进一步趋向实质责任论的理论嬗变。虽然陈兴良教授亦认识到“从形式的责任概念到实质的责任概念是一个责任理论不断深化的过程,也是责任不断从心理向价值转变的过程”,但和德、日通行的责任理论一样,陈兴良教授基本上采纳的仍然是规范责任论,而规范责任论往往区分构成要件故意与责任故意,但陈兴良教授从结果无价值的违法论立场与构成要件的违法行为类型说出发,反对构成要件故意与责任故意的区分,故意即心理故意只是作为责任要素存在于有责性范畴之中。^[42]这也是陈兴良教授的三阶层犯罪论体系经常受到质疑之处。关于责任故意的内容,陈兴良教授从《刑法》第14条关于犯罪故意的规定(即法条所规定的“明知自己的行为可能发生危害社会的结果”时)推导出违法性认识必要说,主张犯罪故意的成立以行为人具有违法性认识为必要,违法性认识错误即禁止错误阻却犯罪故意。^[43]关于期待可能性,陈兴良肯定其为主观归责要素,作为一种免责事由,期待可能

[38] 参见陈兴良:《从刑事责任理论到责任主义》,载《清华法学》2009年第2期。

[39] 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第395—396页。

[40] 同上书,第407页。

[41] 同上书,第411—412页。

[42] 同上书,第425页。

[43] 同上书,第548—549页。

性并且具有开放性。他还进一步采用“原则与例外”的二元思维方式，将故意、过失等心理事实作为罪责构造中的积极的罪责构成要素，责任能力、违法性认识和期待可能性则作为消极的罪责排除事由。责任无能力、违法性认识错误和期待不可能就是罪责排除事由的具体表述，具备罪责构成要素即故意、过失的，可以推定罪责成立，但若存在无责任能力、违法性认识错误和期待不可能等事由的，则否定罪责的成立。^[44]

（二）张明楷二阶层犯罪论体系的确立

除陈兴良教授外，张明楷教授在推动中国刑法知识的转型和阶层犯罪论体系的建构方面，同样作出了巨大的学术努力。所不同的是，如果说陈兴良教授在推动知识转型与体系重构方面采取的学术策略，是推倒重来、一步到位，因而更为激进、遭遇的阻力必然相对更大的“阵痛疗法”，张明楷教授采取的学术策略则显然是步步为营、逐步蚕食、摸着石头过河，因而相对阻力较小的“渐进疗法”。张明楷教授的犯罪论体系由四要件犯罪构成理论到违法与有责的二阶层犯罪构成体系的演进路径，完整地反映在他所著的具有广泛影响力与很高学术声誉的“黄色教科书”《刑法学》第1版至第4版之中。

张明楷教授《刑法学》第1版完全采纳了中国通行的四要件犯罪构成理论，按照犯罪客体要件、犯罪客观要件、犯罪主体要件和犯罪主观要件论述犯罪成立条件^[45]，尽管张明楷教授早就撰文主张“犯罪客体不要说”，认为犯罪客体不是犯罪构成要件，犯罪对象只是犯罪客观要件的一个要素而已。^[46]

自其《刑法学》第2至第4版，张明楷教授的犯罪论体系，则渐次呈现为从“犯罪客观要件、犯罪主体要件、犯罪主观要件与排除犯罪的事由”的“三要件说”，过渡为“客观（违法）构成要件与主观（责任）构成要件”的“二要件说”，最终确定为“违法构成要件与责任”的“二阶层”说。

关于第2版犯罪构成体系的基本立场，张明楷教授在论证了犯罪客体不是构成要件的基础之上，明确指出：“本书认为，犯罪构成的共同要件为

[44] 参见陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社2010年版，第575—577页。

[45] 关于第1版的犯罪构成体系的基本立场，张明楷教授解释道：“在关于犯罪构成共同要件尚存争议的情况下，作为教科书，本书采取‘四要件说’，即犯罪客体要件、犯罪客观要件、犯罪主体要件和犯罪主观要件。”——张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第109页。

[46] 参见张明楷：《犯罪论原理》，武汉大学出版社1991年版，第36页。

犯罪客观要件、犯罪主体要件和犯罪主观要件。”^[47]但张明楷教授在《刑法学》第2版之中又在犯罪客观要件、犯罪主体要件与犯罪主观要件之外,针对刑法规定的“情节严重”等犯罪成立条件,讨论了所谓“犯罪构成的综合性要件”,并在犯罪构成体系外单独讨论了排除犯罪的事由。这一体系性安排表明,至少在《刑法学》第2版中,排除犯罪的事由尚未被张明楷教授纳入犯罪构成体系内予以安排。因而可以认为,张明楷的犯罪构成体系直至《刑法学》第2版,并未超越四要件犯罪构成理论的基本框架与逻辑,尽管是以“三要件说”的面目出现的。

但在《刑法学》第3版,张明楷教授的犯罪构成体系出现了重大变化,呈现出由四要件犯罪构成理论向两阶层犯罪论体系转型的基本立场和体系构造的重大变化。在关于《刑法学》第3版犯罪构成体系基本立场的说明中,张明楷教授解释道:“根据本书的观点,犯罪构成有两个共同要件:一是客观构成要件,或称犯罪客观要件,是表明行为的违法性的要件,其内容为违法性(法益侵害性)奠定基础、提供根据,因而也可以称为违法构成要件。二是主观构成要件,或者犯罪主观要件,是表明行为的有责性的要件,其内容为有责性(非难可能性)奠定基础、提供根据,因而也可以称为责任构成要件。”^[48]

如果说《刑法学》第3版的“两要件说(两阶层)”基本上已经奠定了张明楷的两阶层犯罪论体系的雏形,但尚属与四要件犯罪构成理论藕断丝连,2011年《刑法学》第4版的出版,则标志着张明楷教授完成了由四要件犯罪构成理论向二阶层犯罪论体系的彻底转型。对于这一基本立场与体系构造的转型,张明楷教授在书中解释道:“本书采取两阶层体系,亦即,犯罪构成由违法构成要件与责任要件组成。违法构成要件并不等于犯罪的全部成立条件,只是成立犯罪的一个要件。违法构成要件是表明行为具有法益侵害性(违法性)的要件,其中讨论违法阻却事由;责任要件是表明行为具有非难可能性(有责性)的要件,其中讨论责任阻却事由。”^[49]

在解释建构这种二阶层犯罪构成体系的理由时,张明楷教授强调了以下几点:第一,犯罪的实体是违法(法益侵害性)和有责(非难可能性),因

[47] 张明楷:《刑法学》(第2版),法律出版社2003年版,第135页。

[48] 张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第108页。

[49] 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第105页。在同页注中,张明楷教授补充说明道:“如果像德国刑法理论那样,将‘不法’作为构成要件与违法性的上位概念,那么,本书所称的违法构成要件可谓‘不法要件’。”

此,犯罪成立条件就必须有表明法益侵害性的违法构成要件和表明非难可能性的责任要件。第二,行为是否侵犯法益、是否违法,不以行为人是否具有非难可能性为前提,即采客观违法论。第三,任何犯罪构成体系都必须处理好违法要素与责任的关系。认定犯罪必须坚持从客观到主观、从违法到责任的路径。第四,犯罪构成理论必须研究成立犯罪的一般条件,同时也要考察与犯罪具有某些相似之处而又排除犯罪的事由。第五,明确区分违法阻却事由与责任阻却事由,有利于在刑法与刑事政策上得出不同结论。第六,采取两阶层体系,可以使“犯罪”概念保持相对性,从而解决许多实际问题。第七,犯罪论体系的经济性应当体现在两个方面:一方面,避免理论本身的繁杂与重复;另一方面,司法机关遵循犯罪论体系认定犯罪时,不致浪费司法资源。^[50] 迄今为止,张明楷教授可被认为是中国刑法学二阶层犯罪论体系的主要代表人物。

正是在陈兴良教授、张明楷教授等领军人物的引领之下,尽管在要素安排与体系构造上尚未达成共识,但在犯罪论体系本质上是关于指导法官的定罪思维的方法论,而方法论具有超越国别刑法的普适性的思维主导下,效法德日的阶层犯罪论体系,建构中国的刑法体系特别是阶层犯罪论体系,已经成为中国刑法学界相当多数中青年刑法学者的基本共识,可以说,阶层犯罪论体系已经在中国刑法学理论研究和法学教育中生根发芽、开花结果,并开始在司法实务特别是疑难案件的裁判中提供一定的理论解释力与实务影响力。

四、四要件犯罪构成理论的反击与自我完善

面对阶层犯罪论体系的倡导与建构论者对四要件犯罪构成理论的全面批判乃至彻底否定,四要件犯罪构成理论的坚守者特别是以高铭暄教授为代表的权威刑法学者进行了有力的学术反批判。高铭暄教授一方面承认,中国刑法学体系并非尽善尽美,整体上存在静态性有余、动态性不足的缺陷,往往立足于静态描述犯罪,缺乏动态性地认定犯罪、归结责任、量定刑罚的相关理论建构,中国刑法学体系犯罪论、刑事责任论、刑罚论的三大板块中,犯罪论、刑罚论比较充实,刑事责任论相对空白,没有很好地起到犯罪论与刑罚论之间过渡、缓冲的桥梁和纽带作用,因而需要进一步完善中国刑

[50] 参见张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第105—108页。

法学体系^[51],另一方面,又坚定地认为,中国四要件犯罪构成理论是一种历史性的选择,具有“历史合理性”;符合中国国情,具有“现实合理性”;逻辑严密、契合认识规律、符合犯罪本质特征,具有“内在合理性”;与德日三阶层犯罪论体系相比,相对稳定、适合中国诉讼模式,具有“比较合理性”。^[52]

针对“推倒重构论”主张彻底摒弃四要件犯罪构成理论、全面引入三阶层犯罪论体系,高铭暄教授从紧迫性、必要性和可行性的角度予以了有力的反驳:“如果要全盘推翻现有体系,移植另外一种体系,至少需要三个方面的理由:紧迫性、必要性、可行性。所谓紧迫性,是指除非中国刑法学体系已明显落伍于时代需求与世界潮流,德、日刑法学体系或其他某种新的刑法学体系已成为大势所趋,不移植新的体系我们将受到世界各国刑法学者的一致责难,但目前显然没有出现这种局面;所谓必要性,意味着旧的体系和新的体系相比,新的体系明显优于旧的体系,旧的体系已不足以承载现有的理论成果或不足以解决现实中出现的新问题,但这点也是没有共识的;所谓可行性,是指对于移植新的体系,必须在国内已做好了充分的知识上的准备和智识上的训练,这一点目前也难以说已经具备。因此,无论从哪一方面来说,‘推翻重建’的观点都是不可取的。学习他人是必要的,但切不可在学习中迷失了自我,迷失了方向。”^[53]

因此,高铭暄教授旗帜鲜明地主张“继续坚持现行的四要件犯罪构成理论和罪一责一刑的中国刑法学体系”,同时亦主张正视四要件犯罪构成理论存在的不足,改变静态的研究方法,加强刑事责任理论的探索,注重具体问题的解决,平衡体系性思考与问题性思考,进一步促进中国刑法学体系的完善。^[54]高铭暄教授的观点,可以说是四要件犯罪构成理论的“维持完善论”者的集中代表,这一观点得到了中国刑法学界许多同仁特别是中国

[51] 参见高铭暄:《论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持》,载《中国法学》2009年第2期。

[52] 同上注。

[53] 同上注。

[54] 同上注。

刑法实务界的呼应和支持。^[55]

五、游弋于“维持完善论”与“推倒重构论” 之间的“改良改造论”

中国刑法学界在采纳与建构什么样的犯罪论体系的大论战中,在上述“推倒重构论”与“维持完善论”的对立与论战之外,还存在试图调和“维持论”与“重构论”的分歧与对立,但各自体系方案与构造特征又存在林林总总、五花八门的所谓“改良改造论”。

“改良改造论”最早缘起于20世纪80年代后期对四要件犯罪构成理论体系内的自我完善,在20世纪90年代一度出现了对四要件犯罪构成理论予以改良改造的高潮。正如高铭暄教授所言,20世纪八九十年代的四要件犯罪构成理论“改良改造论”,“其基本诉求是在维护中国刑法学犯罪构成理论传统框架和格局的基础上,进行技术性的修正改造,其基本方法大多是对犯罪构成要件体系进行拆解重组或者置换位移。作为‘改造论’的成果,刑法学界提出了五花八门的所谓‘两要件说’‘三要件说’和‘五要件说’甚至‘新四要件说’,令人目不暇接,但终成过眼烟云”。^[56]车浩博士也认为,这些“改良改造论”的“理论框架基本上属于对‘四要件’的修正、补充或者泛泛的、单纯的批评,缺乏能够从根本上颠覆并代替‘四要件’的,更为

[55] 在2009年9月由北京师范大学刑事法律科学研究院与武汉大学刑事法研究中心共同主办的“新中国犯罪构成理论60周年学术座谈会”上,与会的中国刑法学界泰斗级和重量级学者纷纷发言,称中国四要件犯罪构成理论言简意赅、通俗易懂、方便实用,适合国情,虽有缺陷,可以完善,但不应全盘否定、推倒重构。推倒重构论主张引进移植完全没有任何生存土壤的德、日犯罪论体系,是舍本逐末。——参见艾见、荣功:《历史的选择——实践的结晶——新中国犯罪构成理论60周年学术座谈会纪要》,载2010年9月9日《法制日报》。

[56] 高铭暄:《关于中国刑法学犯罪构成理论的思考》,载《法学》2010年第2期。根据高铭暄教授主编《新中国刑法科学简史》的归纳,这里所谓“二要件说”包括两种说法,一是将犯罪构成要件分为行为要件与行为主体要件,另一是将犯罪构成要件分为主观要件与客观要件;所谓“三要件说”也有两种说法,一是将犯罪构成要件分为主体、危害社会的行为与客体,另一是将犯罪构成要件分为犯罪客观方面、犯罪主体与犯罪主观方面,犯罪客体不是犯罪构成要件。所谓“五要件说”,则认为犯罪构成应当包括犯罪行为、犯罪客体、犯罪客观方面即犯罪的危害结果以及因果关系、犯罪主体与犯罪主观方面等五个方面的要件。——参见高铭暄主编:《新中国刑法科学简史》,中国人民公安大学出版社1993年版,第85页以下。

厚实的理论源头和历史根基,因而也就未能从整体上跳出‘四要件’的思维模式和立论起点”。^[57]车浩对林林总总的四要件犯罪构成理论的“改良改造论”未成气候、终成过眼烟云的原因分析,可谓一针见血,颇具见地。

进入21世纪以后,在德、日刑法知识与阶层犯罪论体系的引入和冲击下,中国刑法学者开始尝试将四要件犯罪构成理论与三阶层犯罪论体系进行调和,在四要件犯罪构成理论的基本框架内,引入阶层犯罪论体系的概念、逻辑与方法,对四要件犯罪构成理论进行形式上不改变其基本框架与构造,但不同程度地改变其逻辑与功能的实质性改造。其中,代表性的推动者无疑是“清华三剑客”张明楷教授、黎宏教授与周光权教授。

如前所述,张明楷教授的《刑法学》教科书第1至第3版基本上沿袭的就是特洛伊木马式、植入性的对四要件犯罪构成理论予以实质性改良改造的学术路径,但在其《刑法学》教科书第4版,张明楷教授终于“图穷匕首见”,彻底地暴露了其本质上采取的不是“改良改造论”,而是“推倒重构论”的学术立场。可见,其前期采取的“改良改造论”,不过是其最终建构二阶层犯罪论体系的学术策略。

基于对四要件犯罪构成理论结构简单、方便实用的肯定判断以及对三阶层犯罪论体系割裂形式判断与实质判断、容易导致犯罪认定混乱的否定判断,黎宏教授主张,既不必引入德国、日本的三阶层犯罪论体系,也没有必要将中国四要件的犯罪构成理论体系推倒重构,而只须根据客观优先、主观在后的逻辑顺位对四要件犯罪构成理论进行改良,通过改良将四要件犯罪构成理论改造成“两层次的递进式的犯罪构成体系”。^[58]黎宏教授的具体改良方案大致如下:首先,将传统犯罪构成体系中的四要件区分为客观要件和主观要件两大部分。其次,将传统学说中的犯罪主体的内容拆分为行为主体和责任能力两方面的内容,前者归入客观构成要件,后者归入主观构成要件。再次,将正当防卫、紧急避险等排除社会危害性的事由归入犯罪构成的客观要件,将期待可能性归入犯罪构成的主观要件。因而,在黎宏教授的教科书所持“两层次的递进式的犯罪构成体系”中,犯罪构成的客观要件就包括客体、实行行为、危害结果、行为人的身份、因果关系、时间和地点等;而

[57] 车浩:《未竟的循环——“犯罪论体系”在近现代中国的历史展开》,载《政法论坛》2006年第3期。

[58] 黎宏:《我国犯罪构成体系不必重构》,载《法学研究》2006年第1期。

主观要件则包括责任能力、故意、过失、错误、期待可能性等。^[59] 黎宏教授在解释采纳这一方案的事由时认为，其改良方案既贯彻了罪刑法定原则，也保持了中国刑法学研究的连续性；将犯罪构成的内容分解为客观要件和主观要件，贯彻了犯罪构成判断所要求的分裂性思考和层次性思考的要求；在客观构成要件的判断上，将形式判断和实质判断相结合，维持了中国刑法学通说所主张的行为符合犯罪构成是构成犯罪的唯一标准的基本观念。^[60]

在我看来，黎宏教授建构的“二层次的递进式的犯罪构成体系”，虽然继续沿用了犯罪构成的客观要件和主观要件的传统表述，但就其实质内容而言，构成客观要件的要素其实都是与行为的不法要素相关，构成主观要件的要素则都是与责任相关的要素。黎宏教授在所谓“二层次的递进式犯罪构成体系”的体系方案下，遮遮掩掩地使用四要件犯罪构成理论约定俗成的犯罪构成的客观要件和主观要件术语，而回避使用更为准确地传文达意的不法和责任的概念，此种名为“改良”实为“重构”的体系建构策略，如果不是其在四要件犯罪构成理论享有“话语霸权”的中国语境下，为其最终建构阶层犯罪论体系而阶段性地采取的妥协性的学术策略，则难免给人以一种在四要件犯罪构成理论与阶层犯罪论体系之间，企图两头讨好、事实上两头不讨好因而十分暧昧的感觉。

与黎宏教授不同，周光权教授对四要件犯罪构成理论的缺陷有着全面而深刻的体察和批判，他曾经分别从理论剖析和实务考察两个视角，揭示了四要件犯罪构成理论存在的根本缺陷：从理论剖析的视角出发，四要件犯罪构成理论存在诸如难以兼顾形式判断和实质判断、重视控诉轻视辩护、主观判断可能优于客观判断、经验判断和规范判断纠缠不清、强调静止性否认过程性等多重缺陷；从实务考察的视角出发，四要件犯罪构成理论存在诸如可能丧失从不同侧面检验行为的机会、容易根据形式判断得出结论、形式地解释刑法、不重视法益保护的观念、过于重视行为人的意思、难以正确处理正当化事由、不能妥善处理共犯论的问题、难以实现一般预防等诸多不足。^[61] 与此同时，周光权教授对阶层犯罪论体系方法论上的优点也有着充分的理解与高度的认同。在他看来，犯罪论体系应当是“将成立犯罪的各种构成要素加以组织化、有序化排列，并对犯罪成立与否进行合理化、功能性判断

[59] 参见黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第66—67页。

[60] 同上注。

[61] 参见周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社2009年版，第41—78页。

的知识系统”。〔62〕而阶层犯罪论体系的方法论的主要优点则在于，能够充分展示犯罪的认定过程，协调定罪过程与定罪结论之间的关系，依次检验构成要件该当性、违法性和责任三个阶层，即可以提高效率，避免遗漏应该检验的要件，避免错误的判决，防止法官恣意，实现裁判结果的可预测性，注重体系性思考等。因此，周光权教授在一系列论著中主张彻底告别苏俄刑法理论体系，借鉴阶层犯罪论体系的方法论，建构中国刑法学的阶层犯罪论体系。

但是，遗憾的是，周光权教授的刑法教科书未能实现与四要件犯罪构成理论的彻底决裂，而是基本上套用了四要件犯罪构成理论的框架，将犯罪成立条件分为犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪排除要件三个阶层。〔63〕其中，犯罪客观要件包括实行行为、危害结果、因果关系、行为的时间、地点、方式等反映犯罪客观方面的构成要素；犯罪主观要件则讨论犯罪的故意、过失、认识错误、无罪过事件以及犯罪的动机、目的等构成要件要素；犯罪排除要件则包括违法性阻却事由与责任阻却事由。〔64〕周光权教授在解释这一体系性方案的理由时强调：“犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪排除要件三阶层理论体系虽然与构成要件符合性、违法性、责任的构造在形式上不同，但仍然满足了对犯罪成立与否的判断必须从客观到主观、从原则到例外的‘阶层式’思考问题的方法，对于刑事司法实践的需要给予了积极的回应”。〔65〕他自我辩解道：“客观要件、主观要件的用语与四要件理论在精髓上貌合神离，有很大的不同。仅仅从形式上看，可以说我是‘温和’的改良派。但是，如果从实质上看，我对四要件的改造应该说是具有相当力度的”。〔66〕周光权并进一步论证了其体系的合理性，认为“犯罪客观要件、主观要件、排除要件”的体系方案，具有以下诸多合理性：充分考虑了刑事裁判中犯罪事实的认定过程，维持层层推进的递进式思维，可以最大限度地防止司法实务上出错。符合刑法客观主义的立场；有助于凸显犯罪论研究的问题意识；改革成本相对较小；在犯罪论体系内部讨论排除犯罪的事由；与英美法系犯罪论体系的实质不同得到彰显，等等。〔67〕

〔62〕 周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社2009年版，第1页。

〔63〕 参见周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第104页。

〔64〕 同上注。

〔65〕 周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社2009年版，第281页。

〔66〕 同上书，第281—282页。

〔67〕 同上书，第284—293页。

在中国犯罪构成理论“改良改造论”者中，周光权教授无疑是屈指可数的能够深刻洞察四要件构成要件理论弊端，真切地认识三阶层犯罪论体系在方法、构造与功能方面的优势，并且为推动中国刑法知识转型与犯罪论体系的改造作出了重要贡献的实力派刑法学者。在我看来，纯就犯罪论体系建构自身的理论逻辑而言，周光权教授本应并且本可像乃师陈兴良教授与他尊敬的同事张明楷教授那样，或者像他在许多闪烁着智慧光芒的学术论文中所倡导的那样，彻底告别四要件犯罪构成理论，全面采纳德国、日本阶层犯罪论体系的话语系统，结合中国实定刑法的规定，建构自己的阶层犯罪论体系。但遗憾的是，周光权教授出于“对国内人士可能存在观念转换、接受程度上的困难的观照”的绥靖主义态度，以及“兼顾体系的精巧化与体系的实用性”的实用主义考虑，还是在集中反映其犯罪论体系方案的刑法学教科书中，作出了与黎宏教授如出一辙的对四要件犯罪构成理论不必要的妥协和退让。在我看来，其基于妥协和退让的策略而建构的所谓“犯罪客观要件、主观要件和排除要件”的三阶层体系性方案，无论是结构与功能均存在可议与可疑之处。较之于构成要件该当性、违法性和有责性的三阶层犯罪论体系或者不法与责任的二阶层犯罪论体系，周光权体系方案的动态性与过滤性以及在此基础上的阶层性与递进性，显然弱化了许多，而且他一方面认为“客观要件可以直接推导出违法性、主观要件可以直接推导出有责性”，另一方面又在客观要件和主观要件之外另行安排所谓犯罪排除要件，以统摄违法阻却事由与责任阻却事由，在逻辑上亦难以自洽。较之于三阶层体系下视构成要件为违法类型或者违法有责的行为类型，该当构成要件的行为类型地具有违法性甚至不仅具有违法性而且具有有责性，只是在存在违法阻却事由或者责任阻却事由的情况下，才例外地不具有违法性或有责性的体系安排，周光权教授的体系方案难言更胜一筹。因此，窃以为，与其别别扭扭地在四要件犯罪构成理论与阶层犯罪论体系之间进行取其所长、避其所短的讨巧式的改良改造，不如像周光权教授自己曾经大声疾呼的那样，彻底告别四要件犯罪构成理论，完全按照阶层犯罪论体系的概念、术语、逻辑、范畴，建构符合中国刑法实定规定的阶层犯罪论体系。毕竟无论是四要件犯罪构成理论的“维持完善论者”，还是“推倒重构论者”，抑或“改良改造论者”，中国刑法学者都有一个基本共识，即犯罪论体系只是整序和规训法官定罪活动、过程与结论的一种思维模型和思维方法，本质上是工具性和普适性的。阶层犯罪论体系虽然原产于具体国情、思维方式与法治语境与中国殊异的德国，但是其工具性和普适性的方法论属性决定，出于

精确地界定国家刑罚权行使范围、有效地保护法益与保障人权的法治国家原则的要求,阶层犯罪论体系完全可以引入中国为我所用。中国刑法学者似乎没有必要另起炉灶,各自建构一个构造、功能与体系方案迥然相异的体系方案。我们所需警惕的只是,引入阶层犯罪论体系的定罪思维模型与刑法方法论解释、适用中国刑法的实定规定时,切忌不顾具体国情、语境、时代条件与实定刑法的差异而生搬硬套、以至于食洋不化。

除四要件犯罪构成理论与阶层犯罪论体系的建构及其学术争鸣之外,中国老一辈刑法学家储槐植教授亦关注和研究了英美刑法理论思维与实践逻辑的独特性,并将其定罪思维模式概括为由犯罪本体要件与责任充足条件构成的双层次犯罪构成模式。所谓犯罪本体要件,具体是指犯罪行为(actus reus)和犯罪心态(mens rea),是种种具体罪行的抽象,形成行为样态,体现国家意志和权力,发挥规范行为和保护公共利益的刑法功能。所谓责任充足条件,则是指排除合法辩护(justification or excuse),是诉讼活动中各种辩护理由的总结,上升为实体范畴,体现国家权力自我约束机制和保障公民权利的刑法功能。英美犯罪构成双层模式是司法运作“定罪过程”的模拟,体现了定罪过程的动态性和过滤性,平衡了刑法保卫社会和保障人权的功能。^[68] 迄今为止,虽然中国刑法学尚未出现效法英美以犯罪本体要件与排除合法辩护为核心的双层次犯罪构成模式建构中国犯罪论体系的系统论述,但是,不容置疑的是,英美刑法思维与逻辑的实用性、简洁性、阶层性与对抗性,对于四要件犯罪构成理论与阶层犯罪论体系之争各方的立场论证与体系建构,事实上亦产生了重要影响。

在中国刑法学犯罪论体系建构的学术论战中,还有一种虽属另类却无法忽视的论调是,迄今为止的所有犯罪构成理论均存在基本逻辑、基本立场与基本前提的错误,因而统统应予摒弃,中国学者应当立足本土,从常识、常情、常理出发,独立建构完全不同于苏俄、德国、日本以及英美既定的犯罪构成理论,独具中国特色的全新犯罪论体系。例如,陈忠林教授对包括中国四要件犯罪构成理论和德、日阶层犯罪论体系在内的现行主要犯罪构成理论,在肯定其在理论层面能很好地从逻辑上说明犯罪成立的理由,实践中能指导司法人员正确理解实定刑法、认定案件性质的同时,又语出惊人地指出,无论是“四要件”还是“三阶层”的犯罪构成理论都存在许多根本的缺陷,特别是都存在基本逻辑错误、基本立场错误、基本前提错误。^[69] 按照陈忠林

[68] 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社2006年版,第5—6页。

[69] 参见陈忠林:《现行犯罪构成理论共性比较》,载《现代法学》2010年第1期。

教授的判断与逻辑，如果四要件犯罪构成理论与阶层犯罪论体系确实存在基本逻辑、基本立场、基本前提错误等根本缺陷，自当统统予以摒弃，而另行建构一套用以指导法官理解刑法、认定犯罪又非法官认定犯罪标准的独具中国特色的全新犯罪构成理论。对于陈忠林教授的雄心壮志，笔者满怀敬佩，亦高度期待，如果陈忠林教授果真跳出四要件犯罪构成理论或阶层犯罪论体系的窠臼，独具匠心地构建出这样一套与众不同的犯罪论体系，或许是中国刑法学者真正的学术贡献。

六、中国犯罪论体系建构之评价

以上，笔者简要回顾、勾勒与描述了近年来中国刑法学者围绕中国犯罪论体系的建构与完善进行的学术探索与学术争鸣。从中可见，经过中国刑法学者的学术探索与学术批判，四要件犯罪构成理论虽然尚占据主导地位，但其一统格局已被打破，阶层犯罪论体系悄然登堂入室，两大犯罪论体系的论战此起彼伏，盛况空前，构成了当下中国刑法学学术研究的一道亮丽的风景线！但是，中国犯罪论体系之争这一独特景象，确实亦令一些中国刑法学者感到非常纠结，在四要件犯罪构成理论与阶层犯罪论体系两套话语系统之间无所适从。出于某些非学术的原因，中国刑法学界甚至出现了根据四要件犯罪构成理论与阶层犯罪论体系进行选边站队的门派而非学派对立。

其实，归根结底，犯罪论体系只是指导司法者适用刑法决定是否定罪以及如何定罪的理论思维模型。诚如犯罪论体系之争展开初期陈兴良教授所坦承的，不同的犯罪论体系反映着不同的法律文化传统和法律价值追求，各有其现实合理性，本非你死我活、水火不容的关系。不同的理论体系之间完全可以取长补短，相互借鉴，共生共存，在相互借鉴和批判中不断发展完善。同一部实定刑法，也完全可以在不同的犯罪论体系指引下得到合理而有效的适用。^[70] 所不同者，只是采纳哪一种犯罪论体系指导司法官解释与适用

[70] 持不同观点的冯亚东教授则认为，刑法典对犯罪论体系具有制约关系。中国和德国的犯罪论之构造差异，根源于两国刑法典对犯罪的不同规制方式。《德国刑法典》中规定的两重样态的危害行为，已注定了其犯罪论体系在基本结构上只能形成“客观不法/主观归责”的阶层式构造，进而在方法论上呈现一种从客观到主观的分析路径。《中华人民共和国刑法》中单一样态主客观相统一的犯罪，决定了犯罪论体系毋须采阶层式构造，而只须在既定的四要件体系的基础上，切实理解并诚心接受德国理论分析犯罪“从客观到主观”的路径模式。参见冯亚东：《刑法典对犯罪论的制约关系》，载《中外法学》2012年第3期。

刑法,相对更为科学、合理与有效,因而更好地实现逻辑自洽与功能自足。作为阶层犯罪论体系的追随者,笔者坚信,中国刑法学学术共同体完全可以就中国犯罪论体系的完善或建构,进行平等而充分的学术批评与争鸣,并应当有兄弟上山、各自努力的志气与兼容并蓄、海纳百川的胸怀,努力打造既能实现逻辑自洽、功能自足而又各具特色、精彩纷呈的犯罪论体系方案,使之成为法律职业教育与司法实务市场可以自由选择的优质学术产品。

出于对犯罪论体系逻辑自洽和功能自足的追求,本人认同并追随阶层犯罪论体系特别是构成要件该当性、违法性和有责性的三阶层犯罪论体系。但是本人毫不讳言,虽然经过以陈兴良教授与张明楷教授为代表的一大批中青年中国刑法学者的学术推动,阶层犯罪论体系作为一个外来的知识谱系已经在中国刑法学术研究中登堂入室,但是,阶层犯罪论体系在中国的引进和建构仍然任重而道远,不仅刑法学界还存在着相当有力的反对观点,而且司法实务界基本上也不认同阶层体系的思维方法,阶层犯罪论体系在当下中国面临着理论建构轰轰烈烈、司法实务应者寥寥、理论脱离实践、实践反对理论、理论和实践两张皮的尴尬境地。究其原因,除去非学术的时间、体制、环境、沟通等外部客观因素外,窃以为,也需要认真检讨、深刻反思我等阶层犯罪论体系的倡导与追随者在引进德、日阶层犯罪论知识与方法、建构中国阶层犯罪论体系过程中存在的种种问题与不足,以利阶层犯罪论体系在中国真正生根发芽,并最终修成正果。^[71]

（一）阶层犯罪论体系参考模型的失焦

20世纪90年代以来,中国刑法学对阶层犯罪论体系的引进与借鉴首先和主要是效法近邻日本,近年来,才越来越多地将目光转向现代刑法学的故乡德国。日本与德国的犯罪论体系尽管同属阶层犯罪论体系,但是,两者无论在理论构造还是基本立场方面,均存在重大差异。即使在日本或德国阶层犯罪论体系内部,同样存在重大差异。日本的犯罪论体系内部至少有行为无价值论的理论体系与结果无价值的理论体系之分野。德国刑法学在不法论上虽然超越了行为无价值与结果无价值之争,二元的非法论取得统治地位,但是在二元非法论内部,仍然存在着以行为无价值为基准的二元非法论与以结果无价值为基准的二元非法论,由此形成不同的犯罪论体系方案。在构成要件与违法性的关系问题上,有的出于对构成要件的罪刑法定机能的重视,而强调构成要件该当性与违法性的阶层区分,有的基于构成要

[71] 以下内容参见梁根林:《犯罪论体系与刑法学科建构》,载《法学研究》2013年第1期。

件作为违法性存在根据的立场,而将构成要件与违法性予以整合,用不法的上位概念统摄构成要件该当性与违法性,因而在犯罪论体系构造上形成不法与责任二阶层说、构成要件该当、违法与有责的三阶层说等不同学说。如果再考虑到行为作为犯罪基底的独立地位以及客观处罚条件的特殊意义,还有行为、不法与责任的三阶层说,行为、构成要件该当、违法与责任的四阶层说,以及不法、有责与客观处罚条件的二加一阶层说,构成要件该当、违法、有责与客观处罚条件的三加一阶层说,行为、不法、有责与客观处罚条件的三加一阶层说,行为、构成要件该当、违法、有责与客观处罚条件的四加一阶层说。每种不同的体系性建构中,认定犯罪必须考虑的构成要件要素、违法要素、责任要素以及客观处罚条件等,又具有不同的体系定位与功能,彼此之间的逻辑关系错综复杂,令人目不暇接、眼花缭乱甚至无所适从。中国阶层犯罪论体系的追随者虽然就引进阶层犯罪论体系以替代四要件犯罪构成理论达成了一致,但面对如此纷繁复杂的阶层犯罪论体系方案,到底以哪一种方案为引进、借鉴的模型,显然尚未达成基本共识。这不仅妨害了阶层犯罪论体系在中国刑法学中的确立,而且亦在相当程度上造成了阶层犯罪论体系的内部交流与沟通的障碍。

(二) 学者的学习、教育与知识背景制约下的选择性借鉴

阶层犯罪论体系虽然发端于德国,但中国刑法学对阶层犯罪论体系的引进则源自日本。由于近邻的关系,中国学者较早地接触了日本刑法学的阶层犯罪论体系,我们对阶层犯罪论体系的理解与建构因而较多地受到了日本理论的影响。近年来,这一状况有所改变,随着中德刑法学交流的展开,越来越多的德国刑法教科书、专著、论文被翻译成中文,年轻的中国刑法学者如过江之鲫源源不断地奔赴现代刑法学的故乡,学习博大精深的德国刑法学,将德国刑法理论引介到中国。德国、日本不同立场、不同风格的阶层犯罪论体系,为中国阶层犯罪论体系的建构提供了丰富的可资汲取的理论资源。但是,在建构阶层犯罪论体系的过程中,中国学者显然没有对德、日浩如烟海、纷繁复杂的刑法理论进行充分的鉴别、批判、过滤、消化,存在着拿来主义或者照抄照搬的倾向,并且拘泥于学者各自的学习、教育与知识背景,还存在着严重的选择性借鉴的现象。因此,我们看到,留日的学者往往倾向于引介或借鉴日本的犯罪论体系,留德的则倾向于引介或借鉴德国的犯罪论体系,师从日本或德国某个刑法学者的则倾向于引介或借鉴该日本或德国刑法学者的学说。就弟子对先生的学说传承的角度而言,留学日本、德国的中国学者对日本、德国刑法理论的选择性借鉴本属自然,但客观

上却制约了中国阶层犯罪论体系最大公约数的确立。

（三）学者个人的价值选择与治学理念制约下的个性化建构

学者个人的价值选择与治学理念不同，虽然是自由而个性化的学术研究得以展开、不同的研究风格、学术立场乃至刑法学派得以形成的必要前提，但在客观上也会影响相对统一、形成合力的阶层犯罪论体系的建构。例如，陈兴良教授与张明楷教授虽然同为积极推动中国阶层犯罪论体系建构的两大主将，却具有完全不同的价值选择与治学理念。陈兴良教授基于形式法治与形式理性优先的法治理念，更为青睐形式解释论与形式的、事实的、客观的古典三阶层犯罪论。^[72] 而其矫枉必须过正、追求深刻的片面的治学态度^[73]，则决定了其犯罪论体系建构方案对逻辑自洽性的追求远胜于功能自足性的考量，因而陈兴良教授虽曾一度立足于中国刑法的规定，建构了由“罪体—罪责—罪量”组成的犯罪论体系，但是很快就全面倒向了更具体系性与逻辑性的构成要件该当、违法与有责的三阶层体系。张明楷教授基于实质法治与实质理性的法治理念，更为青睐能够实现实质正义的实质解释论与犯罪论体系。张明楷教授的为人为学风格，则驱使他回避了一步到位建构阶层犯罪论体系的方案，而是采取步步为营、逐步蚕食的阶层犯罪论体系建构策略，因而张明楷教授的犯罪论体系建构，经历了由“四要件说”到“三要件说”“二要件说”，再到“二阶层说”的缓慢演进。而其之所以采纳违法与责任的二阶层体系而非构成要件该当、违法与有责的三阶层体系，又显然与他坚持实质解释论、构成要件该当是违法性的存在根据、不存在该当构成要件而又没有违法性的情况^[74]，有着直接的关系。

（四）对德国、日本刑法理论缺乏全面透彻的把握

阶层犯罪论体系强调定罪要素的科学组合、结构功能、体系性秩序，这是其优势所在。在一百多年的学术推进过程中，德国阶层犯罪论体系自古典的犯罪论体系、新古典的犯罪论体系、新古典暨目的论的犯罪论体系，到当下机能主义的犯罪论体系，经历了历史性、结构性、体系性、功能性和方法论的巨大变迁，不仅实现了刑法思维的体系化、逻辑化与规范化，而且实现了刑法知识的精细化、精致化与精确化，德国刑法学作为“最精确的法律科学”获得了世界性的声誉。平心而论，中国刑法学虽然相对较早并比较系

[72] 参见陈兴良：《形式解释论的再宣示》，载《中国法学》2010年第4期。

[73] 参见陈兴良：《刑法的启蒙》，法律出版社1998年，第259页。

[74] 参见张明楷：《实质解释论的再提倡》，载《中国法学》2010年第4期。

统地引介了日本的三阶层犯罪论体系,但对更为复杂、精深、晦涩、更具哲学思辨性、文化差异性和历史脉动性的德国刑法理论的学习,其实才刚刚起步,对德国犯罪论体系内部诸要素及其相互关系、内部结构及其走向以及犯罪论体系建构的历史、文化、哲学与现实制约性的理解尚显肤浅,甚至在相当程度上还处在盲人摸象的阶段,存在着许多主观想象、任意猜测、妄加判断甚至刻意误读的现象。没有对德国、日本的以阶层犯罪论体系为核心的全部刑法理论及其历史演进进程的全面透彻的把握,就难言中国阶层犯罪论体系的科学建构。

(五) 阶层犯罪论体系的本土化关照不够

阶层犯罪论体系作为反映刑事追诉规律、指导定罪思维过程、避免司法裁判偶然与专断、满足法益保护与人权保障双重机能、实现法治原则要求的刑法方法论,既非特定国情或特定刑法的产物,也非只能宿命地适用特定国情或特定刑法,而是具有不拘泥于具体国别与特定刑法的普适性。^[75]但是,阶层犯罪论的具体构造、立场,则不免带有文化差异性、历史脉动性与语境制约性,阶层犯罪论体系下展开具体刑法问题的结论未必具有普适性,不宜简单照抄照搬。因此,在建构中国阶层犯罪论体系的过程中,在保持阶层犯罪论概念、体系与功能的一致性与逻辑性的前提下,如果不能结合中国刑法的具体规定以及中国当下特定语境下解决问题妥当性的需要,进行必要的本土化适应、中国化改造,就可能出现消化不良、水土不服甚至上吐下泻的后果。

在我看来,阶层犯罪论体系的本土化与中国化,首先不能不考虑引介的域外犯罪论体系与中国当下语境的适应性。在 21 世纪的转型中国这样一个特殊语境中,如果仍然拘泥于 100 年前的德国刑法学古典主义立场建构阶层犯罪论体系,无视 100 年来德国、日本刑法理论对定罪要素及其相互关系理解的不断深化与超越,无视当代中国传统挑战与新型风险并存的双重威胁,所建构的阶层犯罪论体系逻辑上再自洽、体系上再完美、表述上再精致,充其量也只能是一个自我把玩、自我欣赏的益智游戏,无助于中国法治的提升与当下正义的实现。其次,阶层犯罪论体系的本土化与中国化,既要重视从认识论与方法论的一般规律以及法治原则的一般要求中寻找其正当性支持,更要善于从中国刑法的规定中寻找其合法性根据。如同德、日三阶层犯罪论体系往往立足于罪刑法定主义、法益保护主义以及责任主义三

[75] 参见樊文:《没有国别的刑法学》,载《法学研究》2010 年第 1 期。

大刑法基本原则论证其正当性,建构中国的三阶层犯罪论体系同样必须立足于中国刑法现有的规定,寻找其合法性资源。其实,中国现行《刑法》第1条关于刑法目的、《刑法》第2条关于刑法任务、《刑法》第3条关于罪刑法定、《刑法》第5条关于罪责刑相适应的规定,已经蕴含了定罪必须满足构成要件该当性、违法性与责任的阶层体系要求。只是我等阶层犯罪论体系的追随者对中国现行刑法与阶层犯罪论体系的相容性,特别是阶层犯罪论体系作为我国刑法的内生性要求显然还未给予充分的论证,存在着脱离中国现行刑法抽象地建构阶层犯罪论体系的倾向,这在相当的程度上亦削弱了中国阶层犯罪论体系建构的合法性。最后,阶层犯罪论体系既是刑法方法论,又是关于本国刑法的知识体系。因此,它既是世界的,也是民族的。阶层犯罪论体系的具体建构,不能脱离本国刑法,更不能本末倒置,因为本国刑法规定不合舶来的阶层犯罪论逻辑就否定本国刑法的规定。例如,中国《刑法》总则规定了作为犯罪定义必要组成部分的“但书”,《刑法》分则构成要件中存在许多诸如“数额较大”“后果严重”“情节恶劣”等决定犯罪成立的罪量要素,这是中国《刑法》区别于德国、日本《刑法》的中国特色。中国学者建构中国的阶层犯罪论体系时,必须正视这一中国特色,正确认识其出入罪功能,适当安排其体系性位置,而不能借口“但书”与罪量不适合阶层犯罪论体系就轻言予以废止,或者简单地将其归入与不法和责任无关的客观处罚条件。在我看来,正确认识罪量要素的功能,适当安排其体系位置,是阶层犯罪论体系本土化、中国化必须回答和解决的重大问题。^[76]

[76] 关于阶层犯罪论体系语境中的相关研究,参见王莹:《情节犯之情节的犯罪论体系定位》,载《法学研究》2012年第3期;王强:《罪量因素:构成要素抑或处罚条件?》,载《法学家》2012年第5期;梁根林:《但书、罪量与扒窃入罪》,载《法学研究》2013年第2期。

[德]埃里克·希尔根多夫

维尔茨堡大学法学院刑法学、刑事诉讼法学、法学理论、信息法学暨法律信息学教授

刑法的体系构成*

译者:黄笑岩 (德国维尔茨堡大学刑法教研所教研助理、博士研究生)

一、引言

法学体系构成的相关问题近年来已不再是德国法学讨论的焦点。在刑法领域也是一样。然而这并不意味着教义学体系以及体系性的论证丧失了其意义。情况恰恰相反,只要仔细检索德国刑法学的文献,就会注意到,几乎所有作者都力求遵循一定的教义暨论证结构。法学教育不仅在课堂传授而且在解决实践案例中都非常重视系统性方法;秉持分析案例的结构常常是通过一门刑法学科闭卷考试或者一项假期作业的必要条件。

刑法教义结构还是一如既往的重要,只是学界不再对结构问题予以过多讨论。今日刑法学暨刑事司法实践普遍是以鲍曼/韦伯/米奇(Baumann/Weber/Mitsch)、耶舍克/魏根特(Jescheck/Weigend)以及罗克辛(Roxin)在各自教科书中所阐述的一个“标准体系”为导向,只不过在细节上略有分

* 本文是在报告的基础上补充注释而成。

歧。^[1]然而这样的分歧并不会对司法实践产生影响。^[2]

然而在其他一些国家,其刑法秩序处于变革或者仍在构建中。这首先就涉及构建一个刑法体系。在此背景下,那些国家的刑法学者自然时常将目光投向其刑法体系暨刑法教义学已向外输出一百多年的德国。而中国的刑法学者近年来已就德国刑法模式的优缺点展开了热烈的讨论。

我将在接下来的论述中阐述一下自己的意见。为此我将广泛地展开自己的观点:我首先将探讨法学体系论的一些基础问题。接下来将简单介绍德国刑法体系思维的发展过程并对此进行评论。再次则将以美国刑法与苏联刑法为例,简要阐述与德国刑法并存竞争的模式。第四部分将从整体上总结刑法学体系构成的成果暨功能。在第五部分我将比较德国刑法体系与竞争模式,论述其优缺点。

二、法学体系论

德语“体系”(System)一词源自希腊语“Systema”,其含义等同于德语单词“Zusammenstellung”(动词“zusammenstellen”的名词化,意即把……组装、合成在一起)。然而人们所冀望的科学体系通常并不仅仅是简单的拼接:一个科学体系最好应将现有知识整合为一个具备逻辑结构的统一整体。体系作为一个“依照原则归整出的知识整体”^[3],是当今各种科学理论的鲜

[1] 最重要的区别依然在于故意的地位,Weber, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 12 Rn. 16, § 13 Rn. 68 ff. 认为其应在责任中审核;而 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 30 I und Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 61 ff. 将其作为主观构成要件来审核。

[2] 但这并不意味着不需要研究刑法学的体系问题。因此,在多数大型教科书和有关专著中都能找到对德国标准体系历史形成过程的详细阐述。此外,并不是所有的德国刑法学者都无保留地接受了标准体系;最近提出各种替代模式也颇具独创性,并对体系进行了深入全面的思考。参见 Kindhäuser, Zur Logik des Verbrechensaufbaus, in: Herausforderungen an das Recht: alte Antworten auf neue Fragen? Rostocker Antrittsvorlesungen 1993—1997, hrsg. von Koch, S. 77 ff; Lesch, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999; Walter, Der Kern des Strafrechts; die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006 und Pawlik, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der allgemeinen Verbrechenlehre, 2012.

[3] Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft (1786), Vorrede (Akademieausgabe Bd. 4, S. 467).

明特征。^[4]

法学体系构成的历史可以追溯到古希腊罗马时期。用以建构法学体系的早期方法主要是罗马法学对古希腊哲学暨其科学理论成果的吸纳。^[5]西塞罗(Cicero)的失传著作《将市民法重铸为一门科学》(拉丁语表达:de Jure civili in artem redigendo)论述的就是罗马法在古希腊科学理论精神要求下的结构化。然而古罗马法学家是以个案为导向的并且局限于一种“打包式的材料编排”。^[6]最著名的例外是盖尤斯(Gaius)的制度体系,虽然它当时仅以教学为目的。直到19世纪初期,它都被欧洲民法学视为导向标。尽管如此,在同时期还是一再地尝试设计出更好的体系。^[7]这段时期也被视为启蒙理性法学以及概念法学科学实证主义特别重要的阶段。^[8]

德国法学界已经习惯于对不同种类的体系进行区分。第一个非常重要的区分是外部体系与内部体系。一个外部体系主要用于演示目的并且停留在“表层”,而一个内部体系是以一个对象范围的实质结构为基础。^[9]然而外部体系常常以内部体系为导向,就像刑法分论是按照相关法益安排的那样。第二种区分是开放体系与封闭体系。在开放体系中其所包含的元素是可变更以及可补充的,而一个封闭体系正好相反。^[10]对于法学而言,由于其认知领域始终处于不断变化之中,所以基本上只会考虑开放体系。^[11]

[4] 鉴于大量的文献,仅参见 von der Stein, System als Wissenschaftskriterium, in: Diemer (Hrsg.), Der Wissenschaftsbegriff. Historische und systematische Untersuchungen, 1970, S. 99 ff.; für die Jurisprudenz Engisch, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, in: ders., Beiträge zur Rechtstheorie, hrsg. von Bockelmann, Art. Kaufmann und Klug, 1984, S. 88 ff.; eingehend Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 1969.

[5] Hilgendorf, Juristische Argumentation und Dialektik. Ein Streifzug durch die Geschichte der juristischen Argumentationsmethode “den”, in: Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, hrsg. von Haft, u. a., 1993, S. 93 ff. (zusammen mit Fritjof Haft).

[6] Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1993, S. 69.

[7] 对此参见 Troje, Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, in: ders., Humanistische Jurisprudenz. Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluß des Humanismus, 1993, S. 19 ff.

[8] 对体系思维进行有理有据的学术批判最早始于20世纪初的自然法学派,并在20世纪中期成为主题,参见 Mayer-Maly, Rechtswissenschaft (注释6), S. 69.

[9] Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932.

[10] Mayer-Maly, Rechtswissenschaft (注释6), S. 71 f.

[11] Mayer-Maly, Rechtswissenschaft (注释6), S. 71.

第三个区分是僵化体系与灵活体系。^[12] 其背后凸显的观念是：在一个灵活体系中，若干体系元素的缺乏可通过其他体系元素（比如在请求权基础的框架内）得以补强。刑法由于本身高度形式化，因此很少考虑概述中所谓的“灵活”体系。^[13]

三、刑法的两极：体系构成与恣意

法学体系构成的历史在刑法中几乎无迹可寻。^[14] 虽然在古希腊罗马时期以及近代，人们对法学体系构成的方法已经有所认识，但是似乎缺乏连续的传统沿革。要衡量一个带有功能科学性以及法律实践性的体系论，对于一个像刑法这样的法律领域具有何种意义，就要把目光转回到不存在体系监督刑法适用的年代。那时的刑法与宗教观念紧密结合，产生了急剧影响，犯罪被认为是对上帝及其所制定之律法的违逆。17世纪末至18世纪初是欧洲刑事司法的黑暗时期。一篇年代久远的论文这样写道：

法官偏执于耽于感官地残暴折磨被判处刑罚的犯罪人，并将其解释为上帝惩罚以及威慑的意志……司法实践基于威慑倾向还得出以下结论：公开处决原则，尽可能地在犯罪地点处决罪犯并且让公众亲眼目睹行刑；快速执行原则，刑罚执行常常紧接着犯罪行为的实施。这种严厉、残酷的刑法体系，毫无人性可言，并与法官的恣意紧密相关，量刑标准极其混乱以及无视刑事司法原则。^[15]

“法官极端野蛮的状况”^[16] 在法国尤其严重；关于处决刺杀亨利四世（Heinrich IV）的凶手拉瓦耶克（Ravaillac）的报告，直到今日仍令人触目惊心。^[17]

[12] Walter Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950.

[13] 很难认为，在特定的行为与特定的损害结果之间的因果关系存在疑问时，可以通过损失的特别严重性来对此种疑问进行补强。

[14] 重要的教科书如 Jescheck/Weigend（注释1）或者 Roxin（注释1）对体系发展史的介绍通常是从19世纪开始的。这是符合事实的，因为直到19世纪最后30年才开始形成今日所谓的“古典犯罪概念”。

[15] Fischl, *Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts*, 1913, ND. 1983, S. 8 f.

[16] Fischl, *Aufklärungsphilosophie*（注释15），S. 9.

[17] 参见 Schmidhäuser 的叙述，*Vom Sinn der Strafe*, 2. Aufl. 1971. Herausgegeben und mit einer neuen Einleitung versehen von Hilgendorf, 2. Aufl. 2007, S. 6 ff.

越来越多的启蒙派学者开始批判这些弊端。批判从18世纪中期开始主要在法国达到了白热化，当时法国的社会以及政治形势极度紧张。伏尔泰(Voltaire)作为法国乃至之后整个欧洲启蒙运动的代言人也反复参与到当时的刑事诉讼中，并动员欧洲民众反抗封建贵族制度下极其残忍、带有宗教消极影响以及恣意的刑法。在此期间最著名的刑事案件是1761年新教徒图卢兹商人让·卡拉被误判死刑。伏尔泰虽然未能阻止这场悲剧的发生，但他通过发起一场欧洲范围内史无前例的运动，恢复了让·卡拉(Jean Calas)及其家庭的名誉。通过这场运动，人道以及公平的刑事诉讼，也就是我们今天所说的法治国刑事诉讼的核心思想被提升到新生的欧洲舆论意识当中。其他意识包括宗教中立、施刑适宜，即刑罚不过于残酷以及对而言最为重要的：一个受原则与规则引导的、体系的、排除恣意的、可审核的法律适用。^[18]

年轻的米兰法学家西萨尔·贝卡利亚(Cesare Beccaria)研究了伏尔泰的要求，并在其1764年出版的著作《论犯罪与刑罚》(Von den Verbrechen und von den Strafen)中进行了总结。^[19]贝卡利亚一方面将法哲学讨论与法律政策讨论相互衔接，另一方面将狭义的法学与其改革联系起来。“卡拉案件”(Der Fall Calas)掀起了欧洲18世纪最后30年的刑法改革浪潮。

费尔巴哈(Feuerbach)在18世纪末对这些改革要求进行了思考，并将其汇总于他在1798—1799年出版的著作《对实证主义刑法的原理以及基本概念的修正》(Revision)以及1801年出版的著作《刑法教科书》(Lehrbuch des peinlichen Strafrechts)中。他于青年时代就读耶拿大学时受到康德(Kant)以及康德主义(Kantianismus)的影响，同时也受到法国启蒙哲学的影响。费尔巴哈在其转向实践法学后摆脱了康德的影响，而政治启蒙运动则影响了其一生。^[20]

费尔巴哈被视为德国刑法学的鼻祖。他虽然生前没有完成今日意义之“刑法体系”，但是他强调了科学体系论对于法学的普遍意义：“通过经验积

[18] 参见 Hilgendorf, Gesetzlichkeit als Instrument der Freiheitssicherung. Zur Grundlegung des Gesetzlichkeitsprinzips in der französischen Aufklärungsphilosophie und bei Beccaria, in: Kudlich/Montiel/Schuhr (Hrsg.), Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, S. 18 ff.

[19] Beccaria, Von den Verbrechen und von den Strafen, 1764. Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum. Mit einer Einführung von Wolfgang Naucke, 2004.

[20] Hilgendorf, Paul Johann Anselm von Feuerbach und die Rechtsphilosophie der Aufklärung, in: Koch u. a. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafbuch, 2014, S. 149 ff.

累以及加工的内容并不是科学本身;它们必须以科学形态表现出来。”^[21] 费尔巴哈认为这种符合科学要求的表现必须满足以下三个条件:“第一个条件是法律概念的正确性、明确性、准确性以及直白性;第二个条件是法规的内部关联;第三个条件是法学理论的体系关联。”^[22] 他继续阐述道:“一种科学所包含的概念是该科学的基础,概念之于科学就如同骨骼之于身体一样,骨骼赋予身体坚固性以及体态。通过概念将认知客体,即科学传授知识所要借助的对象定位绑定,从而对其思考理解。”^[23]

费尔巴哈认为法规也必须相互依存于一个体系关联中:

仅靠概念并不能构成科学,就如同建筑的框架并不等同于建筑本身一样。法学知识本身蕴含于法规之中。然而无根据即无知识,无原理即无科学!科学中的单一原理通过内部因果关联互相衔接起来,特殊性必须通过普遍性予以证实,普遍性必须通过最普遍性予以证实,特殊性寓于普遍性之中以及普遍性寓于最普遍性之中是作为从普遍性推导出特殊性,从最普遍性推导出普遍性的必要真理。只有这样法学才能上升到科学的高度;若非如此,法学不过是记忆的累赘,一堆悲哀蹩脚的垃圾,粗糙破碎的、对于国家毫无用处的、践踏理性的材料。^[24]

费尔巴哈在他对于法学理论必要体系关联的论述中,极为清晰地阐明了刑法学体系论的教义:

当一个内在相互关联的现有知识整体具有外部的或者体系性的关联时,该知识整体便具备了科学的完备形态。任何混乱以及不协调都是对理性的侮辱,理性的最高使命是协调与统一。这适用于万物,自然也适用于认知以及行为。秩序呈现思考方法,或者更为准确地说作为一盏明灯,使思考对象变得明确。过去的诗人将混乱的世界描述为一个被黑暗笼罩、正在发酵的整体。我们也可以以此来形容科学的混乱状态。科学的黑暗意味着对内容不予区分、对不同种类不予分离、对

[21] Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft. Eine Antrittsrede (1804), in: Paul Johann Anselm Feuerbach, Carl Joseph Anton Mittermaier, Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Zwei methodische Schriften. Einleitung von Klaus Lüderssen, 1968, S. 59, 80. 凸显原作。

[22] Über Philosophie und Empirie (注释21), S. 80.

[23] Über Philosophie und Empirie (注释21), S. 80.

[24] Über Philosophie und Empirie (注释21), S. 87.

相同种类不予整合、对于科学的各组成部分没有按照逻辑顺序加以编排,其中一部分以另一部分为其前提、根据或通过该部分得以诠释,却没有根据这样的关系将各部分予以逐一排列。总的来说,就是不通过以上方法将一个粗糙整体变为一个有组织性的、自身与其各组成部分协调的整体。^[25]

四、德国刑法体系的构成期

德国有关刑法体系建构的现代讨论^[26],通常要追溯到恩斯特·贝林(Ernst Beling)。正是他在1906年将犯罪划分为构成要件符合性、违法性以及罪责。^[27] 弗兰茨·冯·李斯特(Franz von Liszt)已经在他1881年出版的第一版《德国刑法教科书》中采用了这种古典的犯罪构成。冯·李斯特与贝林时常被称为“自然主义者”。因为他们具有以下观念:一定的法律范畴,比如因果性在一定程度上已经被自然预先给定,因此法学不能对其进行修正。^[28] 这个“古典”的犯罪概念之后则有“新古典学派”。新古典学派对于犯罪构成的理解是以其对法学概念构成的“规范性”理解而著称的。

目的行为论(也称为“目的主义”)最初可追溯到20世纪30年代,它的核心内容在于接纳了同时代哲学思想对“行为”的全新理解。据此,行为不再被认为是“因果性的”,而是以“目的为导向的”或者说是“目的论的”。因此,主观要素也必须包含在行为概念之中。

目的主义对于理解犯罪行为的影响在故意全新定位于主观构成要件这一点上尤为明显。尽管人们在20世纪60年代开始对目的行为论的哲学“基础”,特别是对行为的理解本身产生过怀疑,但在构成要件中区分客观以

[25] Über Philosophie und Empirie (注释21), S. 93 f.

[26] 不同的介绍参见 Jescheck/Weigend, AT (注释1) § 22; Roxin, AT Bd. 1 (注释1), § 7, und Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 1 ff.

[27] Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 7: “犯罪是符合构成要件的、违法的、有责的、可使其面临刑事处罚的以及满足刑事处罚条件的行为。”

[28] “自然主义”的概念在现代科学用语中有着另外的意义,并且体现了以下科学理论的立场:自然法则不容破坏,即所有现象基本上都可以从自然科学的角度加以解释。在这个意义上,参见 Vollmer, Auf der Suche nach der Ordnung. Beiträge zu einem naturalistischen Welt- und Menschenbild, 1995 (特别是 Kapitel 2: “Was ist Naturalismus?”)。